

JESUS, MARIA, JOSEPH,

Y EL ARCANGEL SAN MIGUEL.

RESUMEN

DE LOS PRINCIPALES FUNDAMENTOS LEGALES, QUE ASSISTEN A LA JUSTICIA

DE DON FRANCISCO

PASQUAL MUñOZ, Y ARTES,

Baron de la Baronia de Ayoda, y Fuentes, Dueño de Villamalur, y Torralva.

CON

DON DIEGO BARRADAS,

PADRE, Y LEGITIMO ADMINISTRADOR de los hijos, y herederos de Doña Luiſa Olginat.

SOBRE

QUE SE MEJORE, EO REVOQUE la Sentencia de viſta, en que por pluralidad de votos fue condenado al pago de intereſſes de la menor edad de dicha Doña Luiſa.

1 PROPRIO es en qualquiera pleyto, desconfiar su Defensor, quando por un Senado docto, como el de este Reyno, antecede una Sentencia condemnatoria; pero en el presente litigio, quien le sostiene tiene assegurada su confiança con lo que dixo Guisarelo *decis.14.in fin.* de otro de España: *Scio enim in illo Senatu viros graves, doctos, & eminentis doctrinæ ascitos, qui non perperam, sed oculatissimè per regulas artis judicant.* Y le alienta aver la parte de Don Francisco tenido à su favor tan competente numero de votos, que añadiendose por este papel mas, y mas fundamentos, con notorias evidencias, quien duda de la favorable resolucion?

2 Y para no hazer prolixo este resumen, serà el assumpto hazer notorio, que supuesta la sentencia de vista, que es comprehensiva, que Don Francisco pague los dichos interesses, de la misma forma que si huviera sido Curador de Doña Luisa ser digna de revocacion por dos medios, dando à su continuacion satisfacion à las objeciones.

MEDIO. I.

3 Deve mejorarse dicha Sentencia, porque en este pleyto Don Francisco no ha estado constituìdo en mora, por la litis contestacion de la demanda de restitucion de dote no fructifero, cuyo capital yà satisfizo.

4 Que assi sea consta del memorial ajustado, donde aparece, que en el año *1694.* fue Don Francisco Pasqual Artès absuelto, y dado por libre de satisfacer el capital de dicha dote (es de ver de el memorial num.40.) Y aunque despues fue condenado cum inter usuris, à die petitionis, no se declarò cantidad cierta de capital, antes se puso la clausula: *Detractis prius detrahendis, & liquidatione liquidandorum in posterum reservata*; (memorial num.82. pag.59.) y en conformidad de lo declarado, se pronunciò sentencia de liquidacion, en que se diò por liquida la dote en 5998.lib.10 suel. no obstante aver pretendido la Curadora de Doña Luisa dever ser de 7598.lib.10.suel. y en revista à los 23.de Febrero de 1717. fue confirmada, con tal de averse de compensar, y baxar 145.lib.6.suel.7. quedando exigible en solas 5603.lib. 3.suel.5. Y prosigue: *Y en quanto condenaron* (habla de la Sentencia de vista) *al dicho Don Francisco Pasqual Artès à la paga de dichos interesses, à razon de cinco por ciento, la mejoramos, y reformamos, reservando, como reservamos, la justificacion de dichos interesses para el juizio executivo*: Y que en esta forma proceda de drecho, solo deducirè un argumento irrefragable, y la prueva de sus proposiciones.

5 Aunque la lid estè contestada, no contrae mora el deudor, quando tuvo justa causa de litigar, *Cum nemo teneatur jus suum in discussum relinquere*, Gloss. *in leg.3.ff.de conditione triticaria*, Surdo *decis.261.num.16.y 17.* Rota Januen. *decis.118.num.2.* Marin. *resol.92.num.6.tom.2.* Sperel.*decis. 40.n 62. cum sequentib.* la razon se deduce, ut notat Mansio *consult. 58. num.53. Ratio est evidens, quia cum agitur de interesse, lucri cessantis ad istum effectum, requiritur mora inexcusabilis, quinimò causa quælibet etiam levis, & colorata nedum iusta interpellatione nos obstante, excusat à mora*; y el mismo Sperel. afirma al *num. 62. Quod numquam contrahi moram, à debitore, si non est certus de suo debito, quia sola dubitatio excusat à mora, & interesse*; Seraphin. Papp. Ciryaco, y otros, que acota el mismo Mansio *num. 56.* à quienes añado al Obispo Roca *tom.1. cap.73. num.47. y 48. Quia mora omnis exprobabili causa excusationis remanet exclusa; leg.Quod te, 5. ff. si certum petatur* (y prosigue ex sententia de Mas-

 cardo

cardo, Cost. Ciryaco, y otros) *Sufficere credulitatem se non esse debitorem, quinimò dubitationem*; Gratian. *discept.639.n.16.* & *742.ex n.52.* Bicchio *decis.132.num.40.y 185.num.23.* & in terminis Palma *tom.3. allegat.267. num 3.* ibi: *Secundo principaliter non potest esse locus petitis inter usuriis, quia cum capitale esset omninò illiquidum, & incertum, ante quam facta fuisset liquidatio, seu certificatio non poterat deberi aliquod interesse.* Noguerol. *allegat. 6. num. 74. Quintò nam quantitas debita à dicto D. Ioanne, secundum renuntiationem, nec liquida, nec pura est, nam, si æstimaretur renuntiatæ legitimæ 4.mill. ducatis solvere debet singulis annis 45. ducata, & cum hodie bonorum æstimatio liquida non sit, dici non poterit esse morosum debitorem (& inferius) hæres cum inventario, etiam per interpellationem non dicitur in mora constitutus, nisi prius probetur quod hæreditas sit solvendo, quia nescit se deberi quandiù non esset liquidum*; Idem tenet Baeza *de decima Curator. præstanda cap.2. ex num. 94. text. expressus in leg.24.ff. de usuris*, Gracian. *discept. forens. cap.42. num. 25.* Antonello *de loco legali lib.2.cap.4 num.153.* Graciano *dicto cap. 42. Et justa dicitur exceptio, quando debitum non es liquidum, etiam si proveniat ex instrumento habente executionem paratam.*

6 En este pleyto, y causa, por la primera sentencia se le absuelve en un todo à Don Francisco; por la segunda se le condena al pago de el dote, è interesses, sin expressar cantidad cierta, *imò* reservando su liquidacion: *Detractis prius detrahendis, & liquidatione liquidandorum in posterum reservata*: En la instancia de liquidacion de capital, se le piden 7558. lib. 10.suel. es condenado à 5998.lib.10.suel. y en la de revista se baxan de esta suma 145.lib.6.suel.7. y se mejora la Sentencia de vista, en quanto fue condenado à pagar interesses, reservando su justificacion para el juizio correspondiente, todo lo qual, no solo persuade motivo, y causa de litigar, si que han sido ciertas, y evidentes las razones deducidas por Don Francisco, para no pagar lo que se le pedia (pues lo ha probado la Sala:) luego Don Francisco no ha estado jamàs constituìdo en mora, capàz, ni productiva de interesses, por la retardada solucion, y lucro cessante, y damno emergente.

7 A esto no obsta, si se dixesse, que hecha yà la liquidacion ay retrotaccion, como si ab initio litis, la suma liquidada se huviesse pedido, como se deduce de las razones que refiere Menochio *cons.858* Capicio *decis.11.* Faber *in suo Cod. lib.3.tit.18. diffinit.77.* porque la liquidacion no es otro que declaracion, èsta se retrotrae al principio del acto, Gloss. *in leg. Si mulier in princip. ff. de legat.3.* & bene ipse Menochio, ergo, &c

8 Porque estas doctrinas, razones, eo obice, tiene lugar en materia favorable, para impedir el curso de las usuras, è incluir contra ellas compensacion; y lo que en este pleyto se trata por la adversa es, para introducir las usuras, de sì odiosas, malas de sì, y prohibidas por tales; y para que no parezca inteligencia divinatoria el mismo argumento se haze Mansio en la dicha *consult.58.* desde el *num.74. vers. Nec obstat*, hasta el *num.77* y al 78. y dize assi: *Quia DD. ex adverso allegati loquuntur in materia favorabili ad effectum, & scilicet compensationis, & impediendi cursum usurarum; nos autem loquimur ad effectum inducendi usuras odiosas ad quem effectum liquidatione pendente nullæ currunt usuræ; uti ait Thesaurus à Rota allegatus.*

MEDIO II.

9 Aunque Don Francisco estuviesse constituìdo en mora, y cessasse lo hasta aqui ponderado, no deve los pretensos interesses, no aviendo su conten-

ten-

tendor justificado en los autos, en especifica forma el lucro cessante, y daño emergente.

Primeramente, porque no es legitima consequencia, el deudor està interpelado, ò constituido en mora: luego deve satisfacer interesses: es puntualissima la doctrina del Señor Crespì en la *observacion 83. num. 54 Et non rectè consequitur, debitor est interpellatus, vel constitutus in mora: ergo debet, & damnandus est in usuris; quia in hac materia usurarum dispositio juris Canonici observata, justa quam sola mora non constituit debitorem in obligatione solvendi interesse ultra sortem, nisi creditor probet ex retardata solutione sibi damnandum contigisse* (& in numero 55.) *& nisi id probet non poterit ad usuras, vel interesse ultra sortem condemnari debitor ex sola mora: ratio est: Quia id omne quod ultra sortem creditori præstatur usura est.* Antunez Portugal *de donationib. lib. 1. prælud. 2. § 1. num. 126. Advertendum tamen est, quod licet debitor in mora constituatur, sola mora non sufficit, ut quid ultra sortem capere liceat, & ideò ex sola mora non potest quis condemnari ad usuras, vel interesse, nisi creditor probaverit damnum emergens, vel lucrum cessans.*

10 De este cierto principio nace la question tan comun, y suscitada; utrum presupuesta la mora se devan interesses, con justificar el que los pide la frequencia de empleos en la Provincia; ò sea necessaria prueva especifica, de que tuvo ocasion de emplear, y que no lo hizo por carecer de la suma devida?

11 Que no baste la generica probança, que en estos autos se ha dado por la Curadora de Doña Luisa, si que deviera ser especifica, es opinion tan recibida por los Tribunales de España, que fuera de mas detenerme en exponer sus fundamentos, mayormente quando la propria Sala la sigue, y ha seguido en este pleyto; pues si se admitiera la contraria opinion, no huviera à Don Francisco condenado en solos los interesses de la menor edad de Doña Luisa; y assi solo acotarè algunos DD. que la evidencian.

12 Don Joseph de Rosa *consult. 54. num. 46.* dize assi: *Dico secundo, etiam si essemus in debitore vere moroso, & inexcusabili posset certè defendi, adhuc non deberi interesse, quia non fuit concludenter probatum; nam licet plerique DD. dicant censeri interesse probatum, eo quod in regione frequentes sint emptionum occasiones, nihilominus hòc in nostra specie nempè viduæ repetentis dotes suas: DD. communius non admittunt, volentes, ut lucrum probetur concludenter, & in potentia propinqua, nempè ad fuissem talem occasionem lucrandi cōparando, scilicet tales merces, quæ venales erant, vel talem fundum, qui distrahebatur, vel talem censum à Titio, vel Simpronio, qui pecuniam requirebat, ut pro ea censum venderet.* Y prosigue à *num. 47.* en los terminos, ibi: *Attamen in muliere vidua, cujus non est proprium lucra exercere probatio concludens, & expecifica requiritur sicut & in viro nobili, ac aliis qui non sunt soliti negotiari, vel lucra exercere.* Y al *num. 49. de la misma consult.* ait: *Quòd plerumque emptiones incertæ sint, & periculo plenæ, & ut plurimum inexigibiles ideòque non concludit: Potuissem emptionem redditus ad eam rationem contrahere; ergo securè tale redditum exigissem, & habuissem; quod requiritur ad interesse lucri probandum: Rursus quia dum emptio constituitur, capitale ipsum demortuum est, & transit in pretium redditus, at ubi interesse exigitur capitale repeti potest, nec est demortuum:* Y en contingente de dote es bien particular Palma *tom. 1. decis. 31. per totam.*

13 Siguen lo mismo Scacc. *de comert. & camb. § 1. quæst. 7. part. 2. ampliat. 8. num. 223. Etiam si creditor sit vir sagax, & prudens, & alias*

 eme-

emerit locamontium, & annuos census, & contraxerit societates officiorum, nisi probet in specie se habuisse, & voluisse emere, non debet obtinere; Rocca *tom.2.cap.*118.*ex num.*33. Velà *dissert.*35.*ex num.*49.donde al *num.*51. acota la Sentencia de su Senado, confirmatoria de la que diò el Alcalde de Truxillo, no dandose por justificado el lucro cessante, y daño emergente, presupuesta la mora verdadera, con sola la generica probança de la frequencia de empleos; el señor Larrea *decis.*37. *ex num.*28. el señor Olea *tit.6. quæst.2.n.*35.*in fine, versic. Cum alias justa veriorem sententiam*: Carleval. *de Iudiciis tit.*3. *disput.*8.*sect.6. num.*103. Leotardo *quæst.*74. *de usuris*, y por fin el señor Don Juan del Castillo *lib.*8. *controvers. cap.*49. *ex n.*42. con el señor Covarrub. Pedro Barbosa, Gratian. Hondedeus, Mascardo, Surdo, Manente, y otros infinitos que cita *tom.2.cap.1.ex num.*45. la convence, y da por indubitada en toda España; y pues este docto Senado inconcusamente la admite, no es bien hazer mas difuso este resumen, exponiendo fundamentos intrinsecos, quando estos, y los que llevo ponderados, les tiene, y tendrà tan previstos.

14 Acordarè solo la especie del text.en la *ley* 29.*§*.3.*ff.ad legem Aquilliam*, en donde el Consulto Ulpiano propone, què estimacion se ha de tener, *quando agitur de injuria damni ob retia scissa*; y no obstante que el Pescador in actu estava pescando, resuelve, no deverse hazer merito de los pezes, *qui ideò capti non sunt*; *quia incertum fuerit, an caperentur*: En este contingente se trata de estimar, y resarcir el daño causado ob retia scissa, al tiempo que in actu estava su dueño pescando, siendo de su oficio Pescador; y esto no obstante no se estiman por perjuizio los pezes, que pudo in actu pescar, porque pudieron no pescarse: luego es evidente, que para conseguir interesses por el daño padecido por la retardada solucion, no basta la frequencia de empleos, y la pronta disposicion, ò animo de emplear, si que es precisso, que real, y verdaderamente aya el acreedor tenido ocasion; pues en medio de ser frequente en el mar la pesca, y estar el pescador actu pescando, no se le estima por daño los peces, *qui ideo capti non sunt, qui incertum fuerit an caperentur.*

15 Luego siendo, como es, solo la prueva que ha dado Doña Luisa, puramente generica, de que en esta Ciudad avia frequencia de empleos, se deprende no aver justicado el lucro cessante, y daño emergente, y por tal no deverse interesses, aun presupuesta en Don Francisco la demora.

16 En medio de lo que hasta aqui llevo fundado, la propria Sentencia de vista, me haze reconocer, que la Sala admitiendo la dicha opinion, ha fundado la decission del pleyto con el motivo, y consideracion siguiente, que teniendo evidentissima satisfaccion, he de esperar la mejora de la sentencia.

17 Lo deduzgo, porque en la Sentencia se le condena à mi parte al pago de los interesses de la menor edad de Doña Luisa, desde que succediò à su padre, baxandose seis meses: luego la Sala parece ha entendido, que assi como el Curador, con solo la dicha generica probança deviera satisfacer à su menor los interesses de la cantidad, que dexò de emplear en cosa fructifera (descontandole seis meses, tiempo que le dà la ley para los empleos) assimesmo para con su deudor se ha estimado por suficiente la dicha generica probança, como notò Rodriguez *de annuis redditib. lib.3.quæst.7. ex num.*55. & Giurba *cap.*15.*gloss.*15.*ad consult.Senat.Massan.num.*32. coadyuvandose en que en favor del menor, y de la Iglesia se contrae mora irregular, y es el deudor causa inmediata del daño, que al menor se le sigue, de no aver empleado su Curador la cantidad que se le devia, y por tal dever resarcir dicho daño, con sola la sobredicha generica probança.

18

18 Pero siendo este el fundamento, mas se esfuerça la confiança de Dõ Francisco, y para ello deve manifestar primeramente, que el practicarse dicha opinion para con el Curador, procede por ser de la obligacion de su oficio mirar por el aumento de la Curadoria, y emplear sus productos dentro los seis meses; *leg.18.Cod.de administr.tutell. cum vulgat.* adqui esta razon, y causa cessa en el deudor, à quien solo le incumbe satisfacer lo que deve, y siendo moroso, con mora inexcusable, presupuesta la especifica probança del daño emergente, satisfacer los interesses, ut est opinio communis: luego si la causa de ser bastante para con el Curador la generica prueva, non adest, en su deudor no tiene extension de un caso à otro; *leg. Cum pacto, §. gener. ff.de jure dot. leg.1.Cod.de dotis promissione*, Fontanella *de pactis clausul.5.gloss. 8.part.12.num.15.* pues siendo particularidad en el Curador, no se ha de protaer à casos distinctos, y en que cessa la razon formal del constitutivo; Dom. Molin. *de primogeniis cap.10.lib.2. ex num.79.* Dom. Salgado *de Reg. protect. part.2. cap 13. num.177.* y la razon de esta razon bien se comprehende de la dicha *ley 3. Cod. de usuris pupillaris*, con la sentencia de Pablo, que refiere la Gloss.de Gotofredo; supuesta en el Curador morosidad de emplear, y prueva generica de frequencia de empleos, no haziendo constar, que le buscò especifico, y conveniente, y no le encontrò, falta à la obligacion de su oficio, y es causa inmediata productiva del perjuizio de su menor, que le deve resarcir, porque la ley previene, se le ayan de hazer cargo de los interesses passados los seis meses. En el deudor, por ventura, se puede considerar tal causa, vinculo, ù obligacion? nullatenus: ergo, &c.

19 Porque pudo el Curador percibir la cantidad devida, y no hallar empleo conveniente, y entonces èl mismo quedava libre de satisfacer interesses, y pudo divertir la cantidad à otros usos proprios: *Præcipuè quando ex negligentia non exigendi debita minoris, tutor non solvit usuras.* Faria ad Covarrub. *cap.2 lib.3. variar. num.10.in fin.* & Bruneman *ad leg.15. ff. de administr. tud. lege, & ad legem 18. Cod. eodem*, & in terminis Cancer. *variar. part.1. cap.7. num.169. vers. Consulvi, & num 170. vers. Et quod licet circa*: ergo, &c.

20 Y para que esta cierta Jurisprudencia tampoco se comprehenda ser divinatoria, ò se estime con la nota de difugio, ò sutileza de Abogado apassionado, el señor Don Juan de el Castillo *lib.8. cap.49. num.43.* se haze cargo de la opinion de Rodriguez, y de la equiparacion, de que parece ha podido usar la Real Sala, y dize assi: *Item æquiparatio illa ejusdem Gasparis Rodriguez, quod convincitur negligentia tutoris, & probatur interesse pupilli ad usuras, si in loco fuerunt prædia venalia, & tutor non emit: & idem de hærede mariti dotis debitore servandum esse* (afirma) *nec jure probatur, nec rectè procedit* (dà la razon) *tutor namque ex lege ipsa, & officii obligatione astringitur, ut pupillo necessaria, & utilia eo etiam ignorante* (habla del menor) *& nihil petente subministrare, & in nullo negligens esse debet; hæres autem mariti ad restituendam dotem, dumtaxat tenetur, tempore à lege præfinito, non vero de utilitate, aut de interesse viduæ curare; & quamvis ad damnum emergens, & lucrum cessans teneatur; ita ejus obligatio non est extendenda, ut vel nulla, vel præsumptiva sola probatio frequentiæ, & scilicet annuorum redditum redemibilium sufficiat.*

21 Es tambien particular, y propria la doctrina de Merlino *de pignorib.* en la *decis.29.* Rotæ *num.7.* en donde haziendose cargo de la misma equiparacion, dize: *Nec obstat, quod pupillo, cui in hoc furiosus æquiparatur, debeatur lucrum cessans, ex sola potentia generali, ac remota rei investiendi pecunias;* Gratian. *discept.240. num.28.* Joseph Lut. *Nam quid quid sit de hoc*

ar-

articulo in quo contrariam sententiam tenet. Bart. *in leg.Tuto, qui repertorium, §.Qui post, ff.de adminis.tut.rim vin. cons 52.num.44. & cons.* 218. *num.* 102, Franch.March. *decis.*167.*num.*7.*part.*2. *Ille dicitur à Doctoribus inter pupillum, & tutorem, qui redarguitur quod pecunias ociossas retinuerit in loco quo adderant occasiones reinvestiendi, cum ratione officii reinvestire teneatur; hoc vero agitur nomini furiosi contra tertium, quo casu probanda est potentia propinqua, quod creditor devenerit ad aliquem actum facti, per quem appareat, quod verè pecunias reinvestivisset in aliqua particulari re, si debitor solvisset; & alioquin nullatenus dari potest bona fides in creditore, quæ suffragetur juxta producta*: Luego la equiparacion de Rodriguez, estimando lo mismo con el deudor del pupilo, que con su Curador, no se puede admitir.

22 Con lo dicho es comprobante, y hazen à favor de Don Francisco los *discursos* 31.*num.*5.*y* 32.*num.*7. del Cardenal de Luca *de usuris*, que tal vez se alegan en contrario, porque en los casos en que està hablando, ex judicio testatoris, la cosa legada en favor de la Iglesia, devia ser con destino invariable en cosa fructifera (*tunc enim, quia deficit possibilitas, quòd legatarius possit legatas pecunias ad alios usus erogare*) y los Administradores que el proprio testador deputò, fueron elegidos para que percibiessen las rentas, *singulis temporibus, pro ut exiguntur*, se empleassen *in bona stabilia* à favor, y beneficio del legatario; y como faltando los Administradores à su encargo, huviessen aplicado dichos productos en utilidad propria, afirma ser bastante la frequencia de empleos, ò generica probança, para que como à causa inmediata del daño padecido en el legatario de no aver este ex mora de aquellos percebido la cosa legada, que no podia tener otra aplicacion, que el emplearse en cosa fructifera, para que los Administradores deviessen resarcir dichos daños; y en el *discurso* 32. despues de aver assentado, què in Curia nada obra la mora irregular, ni el favor de la causa pia, ù del menor, prosigue: *Nihilominus observabat id non procedere quando ageretur de pecunia præcissa, ac necessariò destinata perpetuo in vestimento fructifero, ita ut volens non possit ille, qui pecunias percepturus est, etiam de consensu debitoris solvere debentes eas in alios usus erogare*: Y concluye: *Ubi enim cessat dicta possibilitas conversio in alios usus, versus est, ob retardatam pecuniarum solutionem deberi fructus in rationi damni, cum tum constare dicatur moram debitoris fuisse causam inmediatam damni.*

23 Luego si en el caso, que se litiga la cantidad que se ha liquidado dever Don Francisco, ni por convencion de las partes, ni por juizio del testador, ni disposicion de la ley, no era precisso, ni indispensable, que se huviesse de emplear en cosa fructifera, pues tal cargo, y gravamen no se assumiò el deudor, y aun satisfecha dicha cantidad, pudo el Curador no emplearla, y divertirla à otros usos, y mas quando la Curadora era propria madre de la menor, de quien ha quedado èsta heredera, y no ser verosimil escrupulizarle el regimen, y modo de administrar, parece que es sin violencia lo literal del dictamen, y sentencia de Luca, comprobante de la justicia de Don Francisco, y de la que expone Merlino, y Don Juan del Castillo en los lugares yà citados.

24 Y se dexa sin dubitacion por lo que expone el mismo Cardenal en el *discurso* 12.*num.*27. poniendo los casos de pretenderse interesses, presupuesta mora irregular, ò regular (que en el primero deve ser el que les pide menor, ò otro privilegiado) y es de sentir con la Sagrada Rota: *Non sufficere solam moram per interpellationem hominis, vel legis contractam, nisi pro illo lucri cessantis concurrant requisita posita per Castrens. in leg.*3.*ff.de eo,* quod

quod certo loco, in forma specifica: luego *ideò hoc ita procedit quia* al menor, ò la Iglesia el privilegio de constituir à su deudor en mora irregular, no le releva de justificar el lucro cessante, y daño emergente con la especifica probança, antes si no le sufraga la generica, como no le vale al que pide los interesses con la mora regular, no siendo privilegiado.

25 Tampoco obsta el dezirse, que el menor tiene el privilegio de que sin interpelacion judicial pone à su deudor en mora, que se dize irregular; de que se deduce, que esta particularidad ha de atribuir algo mas, que la mora verdadera, inducida por la contestacion; porque esta ilacion es abiertamente falsa, yà por la doctrina de Luca propè citata, y por no poder tener mas virtud lo inmitativo, y ficto, que lo imitado, cierto, y verdadero; ut docet Cardin. de Luca *dict. discurs.* 31. *n.* 4. ibi: *Et merito quoniam hujusmodi privilegium aliud causare non potest, nisi moram irregularem, quæ tamquam ficta esse non potest majoris operationis, quam sit vera per interpellationem inducta (& inferius) sola mora non sufficit, nisi etiam concurrant alia requisita lucri cessantis, vel damni emergentis.* Antunez *dict. lib.* 1. *prælud.* 2. *§.* 1. *num.* 126. *Et ideo ex sola mora non potest, quis condemnari ad usuras, vel interesse nisi creditor probaberit damnum emergens, vel lucrum cessans.* Y terminante como Luca, Mansio *consult.* 58. *num.* 71. ibi: *Et quod plus est etiam in his casibus in quibus mora irregularis attenditur, non est debitum interesse, nisi etiam pateat, quòd creditum sit certum, & liquidum* (habla aun presupuesta la probança del lucro cessante, y daño emergente, y dà la razon) *& ratio ea est manifesta, quia non potest plus operari mora irregularis, quam quod operetur mora regularis, nec plus operetur interpellatio legis, quam hominis, certum est autem, quod mora regularis nihil facit cum debitum est illiquidum: Ergo multo minus, vel saltem æqualiter operabitur irregularis.* Y en el caso de pretender interesses el menor, afsienta lo mismo con Gratian. *discept. forens. cap.* 42. *num.* 37. *y* 38. luego la supuesta mora irregular, ò regular, no puede producir la una, mas efecto, y particularidad, que la otra, & per consequens nada le añade à Doña Luisa la qualidad de menor.

26 Y aunque no dudo que en este Reyno se hallaràn algunos exemplares de averse declarado en favor del menor, de la Iglesia, ò de la Republica la condenacion de interesses, con sola la probança generica de frequencia de empleos, no es, ni ha sido por particularidad, pues indistinctamente por algun tiempo admitiò aquel Senado la contraria opinion, dando por justificado el lucro cessante, y daño emergente, sin especifica probança: Esta opinion en el concepto de la Sala, y sentir de los Tribunales de España, absit, como en algun modo fuerte, y arriesgada: luego, ni los dichos exemplares, ni la opinion yà descaecida, ò abolida, puede influir para que se diga, que tratandose por el menor de pedir usuras, ò interesses por la retardada solucion, es suficiente la prueva generica de frequencia de empleos en la Provincia, afsi como se dà por bastante, quando el menor procede contra su Curador moroso, *actione tutellæ*; pues aunque esto pueda proceder, aquello *nec jure probatur, nec rectè procedit*, ut ait Dom. Castillo, y satisface Merlino *dicta decis. Rotæ* 29.

27 Pero aunque no fuesse tan seguro, como lo afirman estos graves Autores, y lo acredita la razon intrinseca; y quando se pudiera dar por seguro (que no es afsi) que en el menor basta para con su deudor la generica probança, no tuviera aplicacion al contingente que se disputa, porque se avia de entender delegado, ò deuda dexada derechamente al menor, ò à Iglesia, no em-

empero de deuda litigiosa contestada con el padre de Doña Luisa, mayor de edad; es terminante el lugar del sapientissimo Olea *tit.6.quæst.2.n.46. usque 49.* contra Leotardo: *In primo igitur casu difficilis mihi videtur resolutio Leotardi, & potius crederem debitorem cessum, qui suo creditori usuras non præstabat, ad earum solutionem non teneri in favorem novi creditoris, cui cessus fuit, licet ei speciali privilegio usuræ deberentur*, porque, *nec enim absque facto suo graviori obligationi debuit, implicari, aut facto creditoris sui deteriores fieri conditionis.* Esta propria razon la dexò autorizada el señor Salgado *in labyr.part.1. cap.36. n.21. Verum quando cessioni additur nova solemnitas, forma, aut nova conditio solvendi, & hæc non potest astringere debitorem, nec gravamini noviter sibi imposito acquiescere.*

28 Luego si para conseguir interesses Don Antonio, padre de Doña Luisa, acreedor, era en este indispensable la prueva especifica, no ha de bastar en su heredera, por ser menor la generica, alterandose la obligacion, y vinculos del contrato: y si en las deudas del menor proprie tales se admite esto por particularidad (*quod nec jure probatur, nec rectè procedit*; ut docet Castillo, & Merlino) no se han de multiplicar specialidades, recediendo de el derecho comun para casos no limitados; *quia asperum est, & nimium multiplicare fictiones, & specialitates, ex Luca.dict discurs.31. num.5. in fin.* y terminantes las leyes *Cum pacto, §.gener.ff.de jure dot. leg. 1. Cod. de dotis promissione*; y Fontanella loco citato; sin dexar de ponderar la proposicion de regla, que con el señor Presidente Covarrub. y otros propugna el señor Salgado *in labyr. part.1.cap.7.n.79.usq.90. Quod superveniens privilegium viduæ, vel pupilli, qui succedit majori lite cepta, ut non utantur suo privilegio*; porque no se altere sin hecho de las partes, la naturaleza del contrato, juizio, ò fuero de èl; D.Matheu *de Regimin.cap.3.§.4.n.37.y 38.* Cevallos *pract.quæst.36. n.13.* Mantica *de tacitis lib.3.cap.15.n.18* D.Castillo *lib.3.controvers.cap.25.n.48. Instantia litis transit in eodem statu, & cum omnibus suis qualitatibus in hæredem.* Gratian.*cap.16.num.30.* hablando del privilegio particular de la persona del heredero, ait: *Nec in persona eorum variatur qualitas, & obligatio[illegible], quæ jam inceperat ab uno, & sumit initium.* Y lo dexò bien prevenido el Consulto Ulpiano en el texto en la *ley 2.§.2. ff.de verb.obligat. Non enim ex persona hæredum conditio obligationis immutatur*: y Gaius en el text.en la *ley 19 ff. de judiciis: Nulloque suo proprio privilegio excusatur*: y es comprobante la *ley 34.y 49. ff.eodem*, y la ley 57.*tit.6.part.1. leg.Insulam, 124.in fin. ff.de verb.obligat.* y la 143. *de regul.jur.* con la 160. *§.2.eodem*, ibi: *Absurdum est plus juris habere eum cui legatus sit fundus, quam hæredem, aut ipsum testatorem si viverat.* Luego lo ha de ser darle à Doña Luisa, por la qualidad de menor, lo que no se diera à su padre, si viviera: Segun la opinion que sigue la Sala, no lo pudiera consegir, sin dar prueva especifica: luego ni Doña Luisa heredera: *Quia quod ipsis qui contraxerunt obstat: & successoribus eorum, obstavit*; ut docet Consultus *in dict.leg.143.de reg.jur.*

29 Y finalmente Synio referido de Franchis en la *decis.16.n.10.* niega, que el menor, que sucede à mayor, que era legatario, pueda usar de sus privilegios, y afirma, que ha de acudir à las reglas ordinarias de derecho: *Et benè dicit Synius, quod postquam mora irregularis, non comittitur cum majore, minor succedens ei jure majoris utitur regulis ordinariis*; dando à entender claramente, que si con el mayor no se contraxo la mora, no le ha de sufragar al menor su privilegio particular de inducirla, sin interpelacion ju-

Consulto de Hered. Al. ... art. 1 n. 000

Consulto de Hered. Al. ... art.3. n. 145

judicial, ò conteſtacion, alterando la obligacion: ergo, &c.

30 Sobre eſto pudiera difundirme con triplicados fundamentos, los que omito, por comprehender, que à mas de los que anteceden, no es juſto canſar la atencion de los Señores Juezes de eſta cauſa, eſperando de ſu juſtificacion, la reformacion de la Sentencia de viſta, *quia videtur, quod voluntas legis pro nobis eſt*, Quintiliano *in declam.303*. Salvando ſiempre con la mayor veneracion, ſumiſsion, y reſpeto la reſolucion que ſe ſirviere la Sala tomar. Valencia, y Agoſto 28. de 1727.

Doct. Juan Bautiſta Monſeny.

Y que se añade la dispocicion del tex. en la ley 2. § vertit. [illegible] de administ. et pericul. tut. con Hermosilla tom. 1 glos. 4 leg. [illegible] tit. 1 n 240, Carpzou part. 2. Cap. 30 def. 32. Joh à Sande [illegible] Lib. 3, tit. 14, n. 6 en que abiertamente se resuelve: Que el Curador que es deudor del [illegible] de deuda contraida con su Padre, no deue pagar usuras pupilares [illegible] que por convencion satisfacia al Padre: Luego que cosa mas clara, [illegible]

Para nobtar en estas dificultades parece: que reconociendo por mas probable la opinion ponderada à los num. 11. 12, y 13, de este papel, se recurre à aquella que antes fue condenado à pagar el Capital cum inter usuris à die [illegible], y que assi no se deue questionar [illegible] es tex. in leg. Judex 55 ff. de re iudicata cum vulgatis; Pero ni es assi, ni tiene aplicacion à los terminos de este pleito. Lo 1.º assi porque la dha Sentencia fue reuocada por la de reuista que dio la [illegible] Chancilleria de que se hace individuacion al n. 4, in fin. de este papel. [illegible] tuuiera aplicacion por dos juridicas, y irrefragables razones; La primera; porque el Tribunal Superior no atiende à la cosa juzgada, quando lo declarado no es conforme à Justicia, es expresso el tex. en la ley. 4, §. condemnatum ff. de re iudicata Azeued. in leg. 2, tit. 12, lib. 4, recop. D. Matheu de re crimin. contro. 30, ex n. 38, et copiose D. Cresp. obser. 22 ex n. 220 et obser. 23 per totam ergo etta. La segunda, y mas principal: porque aunque huviere cosa juzgada no obstara en manera alguna por hauer la Curadora de Doña Lucia, y [illegible] su marido, y ella misma, consentido, setratase de los meritos, y justificacion [illegible] [illegible] de los pretensos intereses. D. Matheu de Reg. Cap. 11 §. 5 n 161. [illegible] [illegible] Jord. tom 3, Lib 14, tit. 25, à n. 225, Ayllon [illegible] Vaz. Cap 4. n. 83 [illegible] Valeron de transact. tit. 2, quest. 4 ex n 18 Rota part. 9 recent. decis. 1.6 et decis 191, Cyarlin contro. tom 1. Cap. 13 à n. 15. Cancer. var.

Mas: como se puede decir: Que los intereses quedaron decididos, quando [illegible] se reserua para otro Juizio su Justificacion? Y quando la contraria hauiendo [illegible] probanza de la frequencia de empleos en la Provincia generaliter [illegible] [illegible] obtenido? Luego como puede hacer cosa juzgada, [illegible] cognitionem, contra el tex. en la leg. 2. Cod. de Judiciis, [illegible] 2 part Cap. 5 n 159. [illegible] 3 part Cap. 1 n 99. D. Matheu de Reg. Cap. 11, § 1, à n. 42.